



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2020

Das Auswirkungsprinzip nach Art. 137 Abs. 1 IPRG: Eine Auslegeordnung im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 KG

Dazio, Giovanni

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-205304>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Dazio, Giovanni (2020). Das Auswirkungsprinzip nach Art. 137 Abs. 1 IPRG: Eine Auslegeordnung im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 KG. Aktuelle Juristische Praxis (AJP), 29(12):1543-1554.



Das Auswirkungsprinzip nach Art. 137 Abs. 1 IPRG

Eine Auslegeordnung im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 KG

GIOVANNI DAZIO*

Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts legt dem örtlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes nach Art. 2 Abs. 2 KG ein einfaches Auswirkungsprinzip zugrunde. Ob sich dieses auch auf die allseitige Kollisionsnorm von Art. 137 Abs. 1 IPRG übertragen lässt, die für die Anknüpfung im Internationalen Kartellprivatrecht ebenfalls auf das Auswirkungsprinzip abstellt, untersucht der Beitrag anhand einer umfassenden Auslegung dieser Bestimmung.

Selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, le champ d'application territorial de la loi sur les cartels au sens de l'art. 2 al. 2 LCart, qui est défini par le principe des effets, est ouvert s'il y a des effets potentiels sur le territoire suisse. Cet article examine si cette jurisprudence peut aussi s'appliquer à la règle de conflit multilatérale de l'art. 137 al. 1 LDIP, qui retient également le principe des effets comme critère de rattachement pertinent en droit international privé des cartels, en procédant à une interprétation complète de cette disposition.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Das Auswirkungsprinzip nach Art. 137 Abs. 1 IPRG und Art. 2 Abs. 2 KG
- III. Die Entscheide «Gaba» und «BMW» des Bundesgerichts
 - A. BGE 143 II 297 («Gaba»)
 - B. BGE 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 («BMW»)
- IV. Meinungsstand in der Lehre
 - A. Einfaches Auswirkungsprinzip
 - B. Qualifiziertes Auswirkungsprinzip
 1. Unmittelbarkeit
 2. Wesentlichkeit
 3. Vorhersehbarkeit
 4. Weitere Kriterien
- V. Persönliche Stellungnahme
 - A. Problemstellung
 - B. Auslegung von Art. 137 Abs. 1 IPRG
 1. Grammatikalische Auslegung
 2. Systematische Auslegung
 3. Historische Auslegung
 4. Teleologische Auslegung
 5. Rechtsvergleichende Auslegung
 - C. Fazit
- VI. Schlussbetrachtungen

I. Einleitung

Mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG)¹ am 1. Januar 1989 wurde das schweizerische Recht die erste und lange Zeit einzige Rechtsordnung, die mit Art. 137 IPRG eine besondere, allseitige Kollisionsnorm für das Internationale Kartell-

privatrecht vorsah.² Danach sind Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung im Sinne des sog. Auswirkungsprinzips nach dem Recht des Staates zu beurteilen, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist.

Neben Art. 137 IPRG statuiert auch eine weitere kartellrechtliche Norm des schweizerischen Rechts das Auswirkungsprinzip: Nach Art. 2 Abs. 2 KG findet das Kartellgesetz Anwendung auf Sachverhalte, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Mit den wegweisenden Entscheiden *Gaba* und *BMW* aus den Jahren 2016 und 2017 hat das Bundesgericht mehrere Fragen zum schweizerischen Kartellrecht geklärt und namentlich festgehalten, dass der örtliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes bereits eröffnet sei, wenn sich ein Auslandssachverhalt in der Schweiz auswirke bzw. auswirken könne, ohne dass besondere, «qualifizierte» Auswirkungen im Inland erforderlich wären.³

Vor diesem Hintergrund will der vorliegende Beitrag auf die bisher kaum diskutierte Frage eingehen, ob die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur extraterritorialen Anwendung des Kartellgesetzes auf Art. 137 Abs. 1 IPRG übertragen werden kann, eine Kollisionsnorm, die verschiedene Parallelen zu Art. 2 Abs. 2 KG aufweist und hinsichtlich des auch dort statuierten Auswirkungsprinzips bereits in der Vergangenheit für Diskussionen gesorgt hat.⁴

* GIOVANNI DAZIO, MLaw, Wissenschaftlicher Assistent und Doktorand an der Universität Zürich.

¹ Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291).

² ANDREAS HEINEMANN, Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts, Empfehlungen für das Schweizer Recht auf rechtsvergleichender Grundlage, Studie im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft, Bern 2009, 92 m.w.H.

³ BGE 143 II 297 E. 3.2.3 und E. 3.4 (*Gaba*); BGE, 2C_63/2016, 24.10.2017, E. 3 (*BMW*).

⁴ Vgl. statt vieler BSK IPRG-DASSER/BREI, Art. 137 N 15 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Stephen V.

II. Das Auswirkungsprinzip nach Art. 137 Abs. 1 IPRG und Art. 2 Abs. 2 KG

Wie gesehen, unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung dem Recht des Staates, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung unmittelbar betroffen ist (Art. 137 Abs. 1 IPRG).⁵ Was den räumlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes betrifft, ist dieser bei allen Sachverhalten eröffnet, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 2 Abs. 2 KG).

Trotz Statuierung des Auswirkungsprinzips ist die Funktion der zwei Bestimmungen unterschiedlich. Art. 137 Abs. 1 IPRG stellt eine allseitige Kollisionsnorm dar, die nur zivilrechtliche Ansprüche betrifft und sowohl inländisches als auch ausländisches Kartellrecht berufen kann. Hingegen geht es bei Art. 2 Abs. 2 KG um eine einseitige Kollisionsnorm, die (auch) auf das Kartellverwaltungsrecht anwendbar ist und nur bestimmt, wenn das schweizerische Kartellgesetz aus örtlicher Sicht Anwendung beansprucht.⁶ Praktische Bedeutung hat Art. 2 Abs. 2 KG denn auch vor allem als grenzrechtliches Aufgreifkriterium für die Zuständigkeit der Weko bzw. der Gerichte im Rahmen der verwaltungsrechtlichen Anwendung des Kartellgesetzes.⁷

III. Die Entscheide «Gaba» und «BMW» des Bundesgerichts

A. BGE 143 II 297 («Gaba»)

Im Fall *Gaba* bestand zwischen der schweizerischen Inhaberin der Marke Elmex Gaba (Lizenzgeberin) und der österreichischen Gebro (Lizenznehmerin) ein Lizenzvertrag zur Herstellung und zum Vertrieb von Elmex-Produkten

in Österreich. Dabei verpflichtete sich Gebro insbesondere, die Vertragsprodukte ausschliesslich in Österreich herzustellen und zu vertreiben und sie weder direkt noch indirekt in andere Länder zu exportieren.⁸

Die Weko stellte einen Verstoss gegen Art. 5 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 KG fest und legte Gaba und Gebro direkte Sanktionen auf, da der Lizenzvertrag Parallelimporte von Elmex-Produkten in die Schweiz verhinderte und dadurch absoluten Gebietsschutz bewirkte.⁹ Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte diese Verfügung,¹⁰ so dass die zwei Unternehmen an das Bundesgericht gelangten,¹¹ wo sie namentlich eine Verletzung von Bundes- und Völkerrecht rügten, da die Vorinstanzen bei Art. 2 Abs. 2 KG eine Qualifikation des Auswirkungsprinzips zu Unrecht verneint hätten.¹²

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass die Geltung des Auswirkungsprinzips als eines solchen durch die Positivierung in Art. 2 Abs. 2 KG unbestritten sei. Strittig sei vielmehr nur, ob die in der Schweiz zu verzeichnende Auswirkung «einer gewissen Nachhaltigkeit bzw. Intensität» bedürfe.¹³ Zu diesem Punkt führte das Bundesgericht aus, dass relevante Marktauswirkungen nicht aus einem abstrakt formulierten Auswirkungsprinzip, sondern nur aus den einzelnen Sachnormen abgeleitet werden können.¹⁴ Der von ANTON K. SCHNYDER¹⁵ aufgestellte und vom Bundesgericht übernommene Grundsatz lautet dabei: «Marktauswirkungen sind (nur) dort zu bejahen, wo durch die Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung

Berti (Hrsg.), Internationales Privatrecht, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013 (zit. BSK IPRG-Verfasser).

⁵ Art. 137 Abs. 2 IPRG: *Unterstehen Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung ausländischem Recht, so können in der Schweiz keine weitergehenden Leistungen zugesprochen werden als nach schweizerischem Recht für eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung zuzusprechen wären.*

⁶ Zum Ganzen BSK KG-LEHNE, Art. 2 N 60, in: Marc Amstutz/Mani Reinert (Hrsg.), Kartellgesetz, Basler Kommentar, Basel 2010 (zit. BSK KG-Verfasser); HEIZMANN/MAYER, Art. 2 N 77 f., in: Roger Zäch/Ruth Arnet/Marino Baldi/Regina Kiener/Olivier Schaller/Felix Schraner/Adrian Spühler (Hrsg.), KG, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018.

⁷ Vgl. BSK KG-LEHNE (FN 6), Art. 2 N 12. Dies war namentlich auch in den Rechtssachen *Gaba* und *BMW* der Fall.

⁸ Zum Ganzen BGE 143 II 297 Sachverhalt A. m.w.H.

⁹ BGE 143 II 297 Sachverhalt A. bis C. m.w.H.; siehe Weko, *Gaba*, in: RPW 2010/1, 65 ff.

¹⁰ Siehe BVGer, B-506/2010, 19.12.2013 (*Gaba*); BVGer, B-463/2010, 19.12.2013 (*Gebro*).

¹¹ BGE 143 II 297 Sachverhalt D. bis F. m.w.H. Im «parallelen» *Gebro*-Urteil verweist das Bundesgericht weitgehend auf die Erwägungen im *Gaba*-Entscheid; siehe BGer, 2C_172/2014, 4.4.2017 (*Gebro*).

¹² BGE 143 II 297 Sachverhalt F. und E. 2.

¹³ Zum Ganzen BGE 143 II 297 E. 3.2.2; siehe auch die Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG durch die Vorinstanz in BVGer, B-506/2010, 19.12.2013, E. 3.3.

¹⁴ BGE 143 II 297 E. 3.2.3 m.w.H.

¹⁵ MÜKO-SCHNYDER, Einl. N 927, in: Günter Hirsch/Frank Montag/Franz Jürgen Säcker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Kartellrecht, Missbrauchs- und Fusionskontrolle, Band 1, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2007; so bereits die Habilitationschrift von ANTON K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht, Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter Berücksichtigung von Marktrecht, Habil. Zürich 1990, N 163.

ausgelöst wird.»¹⁶ So wolle Art. 2 Abs. 2 KG «lediglich klarstellen, dass auch Auslandssachverhalte, welche sich in der Schweiz auswirken bzw. auswirken können, unter das KG fallen».¹⁷ «Mögliche Auswirkungen auf dem Schweizer Markt» genügen.¹⁸ Die in der Lehre verlangten Kriterien zur Qualifikation seien «unscharf und nicht zielführend»,¹⁹ so etwa das Erfordernis der Spürbarkeit, die eine umfassende materielle Prüfung bedingen und «Art. 2 Abs. 2 KG unter der Hand zu Art. 5 KG mutieren» würde.²⁰

Weiter verneinte das Bundesgericht eine Verletzung von Völkerrecht durch die extensive Auslegung des Auswirkungsprinzips. Dessen Völkerrechtskonformität sei in Praxis und Lehre anerkannt und nicht von einer Qualifikation abhängig.²¹ Gemäss dem Bundesgericht ist somit die Prüfung einer bestimmten Intensität der Auswirkungen bei Art. 2 Abs. 2 KG weder notwendig noch zulässig.²²

Das Bundesgericht bejahte beim *in casu* strittigen Lizenzvertrag, der ein allgemeines – also auch auf die Schweiz bezogenes – Exportverbot enthielt, relevante Auswirkungen im Inland.²³ Auch im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen.²⁴

B. BGer 2C_63/2016 vom 24. Oktober 2017 («BMW»)

Im Fall *BMW* ging es um eine Reihe von Vertriebsverträgen zwischen der deutschen Muttergesellschaft BMW AG und ihren nationalen EWR-Händlern, die sog. EWR-Klauseln²⁵ enthielten. Damit wurde den Händlern verboten, unmittelbar oder über Dritte neue BMW-Fahrzeuge und weitere BMW-Produkte an Abnehmer in Länder ausserhalb des EWR zu liefern oder Fahrzeuge für solche Zwecke umzurüsten.²⁶

Die Weko stellte fest, dass diese EWR-Klauseln absoluten Gebietsschutz bewirkten und gegen Art. 5 Abs. 4

i.V.m. Abs. 1 KG verstiessen, und legte so der BMW AG direkte Sanktionen auf.²⁷ Nachdem die Verfügung vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt wurde,²⁸ reichte die BMW AG Beschwerde an das Bundesgericht ein.²⁹

Vor Bundesgericht war der räumliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes an sich grundsätzlich nicht (mehr) strittig.³⁰ Dennoch bestätigte das Gericht die in *Gaba* entwickelte Praxis, verwies auf seine dortigen Erwägungen und stellte fest, dass das Kartellgesetz geographisch jede Tätigkeit erfasse, die sich «in der Schweiz, d.h. auf dem Schweizer Markt, mindestens möglicherweise auswirken kann».³¹

Das Bundesgericht bejahte bei den *in casu* strittigen Vertriebsverträgen, mit denen aktive und passive Verkäufe ausserhalb des EWR – also auch in die Schweiz – behindert wurden, mögliche Inlandsauswirkungen.³² Auch im Übrigen wurde die Beschwerde abgewiesen.³³

IV. Meinungsstand in der Lehre

A. Einfaches Auswirkungsprinzip

Eine Reihe von Autoren verzichtet auf jede Qualifikation der Auswirkungen bei Art. 137 Abs. 1 IPRG. Diese Meinung vertrat SCHNYDER bereits vor den Entscheiden *Gaba* und *BMW*,³⁴ wurde dann aber von weiteren Stimmen übernommen. So wollen PICT/FREUND – ausgehend von der in den Materialien und der herrschenden Lehre postulierten «Deckungsgleichheit» zwischen KG und IPRG – die neuere Praxis des Bundesgerichts zu Art. 2 Abs. 2 KG auch auf Art. 137 Abs. 1 IPRG anwenden.³⁵

¹⁶ BGE 143 II 297 E. 3.2.3; siehe auch die wörtliche Übernahme in BVGer, B-506/2010, 19.12.2013, E. 3.3.9.

¹⁷ BGE 143 II 297 E. 3.2.3 (siehe auch E. 3.7).

¹⁸ BGE 143 II 297 E. 3.4.

¹⁹ BGE 143 II 297 E. 3.3 m.w.H.

²⁰ BGE 143 II 297 E. 3.3.

²¹ Zum Ganzen BGE 143 II 297 E. 3.5 m.w.H.

²² BGE 143 II 297 E. 3.7.

²³ BGE 143 II 297 E. 3.4 m.w.H.

²⁴ BGE 143 II 297 Sachverhalt G.

²⁵ Zu diesem Begriff siehe ANDREAS HEINEMANN, Die internationale Reichweite des Kartellrechts, in: Pascal Grolimund/Alfred Koller/Leander D. Loacker/Wolfgang Portmann (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, 1135 ff., 1149.

²⁶ Zum Ganzen BGer, 2C_63/2016, 24.10.2017, Sachverhalt A. m.w.H.

²⁷ BGer, 2C_63/2016, 24.10.2017, Sachverhalt B. und C. m.w.H.; siehe Weko, *BMW*, in: RPW 2012/3, 540 ff.

²⁸ Siehe BVGer, B-3332/2012, 13.11.2015.

²⁹ BGer, 2C_63/2016, 24.10.2017, Sachverhalt D. bis F. m.w.H.

³⁰ Siehe dagegen die ausführliche Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG durch das Bundesverwaltungsgericht in BVGer, B-3332/2012, 13.11.2015, E. 2.3.1 ff.

³¹ Zum Ganzen BGer, 2C_63/2016, 24.10.2017, E. 3 m.w.H.

³² BGer, 2C_63/2016, 24.10.2017, E. 3 m.w.H.

³³ BGer, 2C_63/2016, 24.10.2017, E. 7.

³⁴ Siehe SCHNYDER (FN 15), N 293; ANTON K. SCHNYDER, Das neue IPR-Gesetz, Eine Einführung in das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht (IPRG), 2. A., Zürich 1990, 124; so auch ANTON K. SCHNYDER/MANUEL LIATOWITSCH, Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. A., Zürich 2011, N 809 f.

³⁵ PETER GEORG PICT/BENEDIKT FREUND, Das «Lastwagenkartell» – Gelegenheit für private Kartellrechtsdurchsetzung in der Schweiz?, Jusletter vom 18.6.2018, N 11, die dann aber etwas merkwürdig ausführen, dass «die Norm Unmittelbarkeit [verlangt], also einen direkten Kausalzusammenhang zwischen dem kartellrechtswidrigen Verhalten und der Behinderung», wobei «die

Gemäss den Vertretern des einfachen Auswirkungsprinzips ist eine Wettbewerbsbehinderung nach Art. 137 Abs. 1 IPRG dann gegeben, wenn eine wettbewerbliche Verhaltensweise den Tatbestand eines in- oder ausländischen Kartellrechts erfüllt. Relevante Marktauswirkungen können demnach nur mittels Rückkoppelung an ein möglicherweise anwendbares Kartellrecht festgestellt werden;³⁶ einer abstrakten, von den einzelnen Sachnormen unabhängigen Anknüpfung seien sie dagegen kaum zugänglich. Dabei seien weder das Kriterium der Unmittelbarkeit noch etwa diejenigen der Spürbarkeit, Vorhersehbarkeit oder Tatsächlichkeit dazu geeignet, eine kollisionsrechtlich gerechte Begrenzung des Auswirkungsprinzips gemäss Art. 137 Abs. 1 IPRG zu erreichen. Der Begriff der «Unmittelbarkeit», wie er in dieser Bestimmung vorkommt, sei deshalb auch entsprechend einschränkend auszulegen.³⁷

B. Qualifiziertes Auswirkungsprinzip

Ein anderer Teil der Lehre ist der Meinung, dass das Auswirkungsprinzip eine Beschränkung erfordert, und zwar sowohl aus völkerrechtlichen Gründen als auch aus solchen des Kollisionsrechts.³⁸

Die Autoren, die eine Qualifizierung des Auswirkungsprinzips nach Art. 137 Abs. 1 IPRG verlangen, wollen das betreffende Anknüpfungsmerkmal – je nachdem einzeln oder kumulativ – auf unmittelbare, wesentliche

und vorhersehbare Auswirkungen beschränken. Wenn bei der Unmittelbarkeit auch und vor allem auf den Wortlaut von Art. 137 Abs. 1 IPRG abgestellt wird, stammen die beiden anderen Kriterien aus dem US-amerikanischen *antitrust law*, dessen extraterritoriale Anwendung eine «direkte» (*direct*) wie auch «wesentliche» (*substantial*) und «vernünftigerweise vorhersehbare» (*reasonably foreseeable*) Auswirkung (*effect*) auf den US-Markt voraussetzt.³⁹

1. Unmittelbarkeit

Mit dem Kriterium der «Unmittelbarkeit» werden Behinderungen auf einem Markt, die bloss als Folge der Behinderung auf einem anderen Markt eintreten, kollisionsrechtlich nicht berücksichtigt.⁴⁰ Wie aber die Unmittelbarkeit, die «eine Eingrenzung der Kausalkette der Folgen einer Behinderung» beinhaltet,⁴¹ konkret zu

Bewertung eines [solchen] direkten Kausalzusammenhangs [...] im Einzelnen auch von den jeweiligen Sachverhalts Umständen [abhängt].

³⁶ Als dafür massgebend bei den einzelnen kartellrechtlichen Sachnormen gilt z.B. die Bestimmung des relevanten Marktes oder das Element der marktbeherrschenden Stellung (ANTON K. SCHNYDER, *Gemeinschaftsrechtliches Kollisionsrecht? – Zur Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts bei Sachverhalten mit Beziehungen zu Drittstaaten*, in: Christian von Bar [Hrsg.], *Europäisches Gemeinschaftsrecht und internationales Privatrecht*, Tagung des Instituts für internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück am 6. und 7. April 1990 in Osnabrück, Köln 1991, 3 ff., 6).

³⁷ Zum Ganzen ANTON K. SCHNYDER/MANUEL LIATOWITSCH, *Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht*, 4. A., Zürich 2017, N 809 f. m.w.H.; vgl. dazu auch ANDREAS HEINEMANN/ANTON K. SCHNYDER, *Internationales Wirtschaftsrecht*, Zürich 2017, 53; SCHNYDER (FN 36), 3 ff.

³⁸ Statt vieler BeckOGK-POELZIG/WINDORFER, Art. 6 Rom II-VO N 202 ff., in: Christine Budzikiewicz/Marc-Philippe Weller/Wolfgang Wurmnest (Hrsg.), *Beck'scher Online-Grosskommentar zum Zivilrecht, Rom II-VO*, München, Stand: 1. Dezember 2018 (zit. BeckOGK-Verfasser). Die Notwendigkeit einer Qualifikation des Auswirkungsprinzips wird sowohl nachfolgend im Zusammenhang mit der Darstellung der verschiedenen qualifizierenden Kriterien als auch unten bei der persönlichen Stellungnahme behandelt.

³⁹ So die Abgrenzung des extraterritorialen Anwendungsbereichs des *Sherman Act* von 1890 seit dem Erlass des *Foreign Trade Antitrust Improvement Act* im Jahr 1982 (statt vieler BSK KG-LEHNE [FN 6], Art. 2 N 45 f.). Für den örtlichen Anwendungsbereich des EU-Kartellrechts gilt ebenfalls das qualifizierte Auswirkungsprinzip (EuGH, 6.9.2017, Rs. 413/14 P, N 40 ff., insb. N 49, *Intel/Kommission*), das auch von einer Reihe nationaler Kartellrechtsordnungen übernommen wurde (vgl. dazu HEINEMANN [FN 25], 1142 ff.).

⁴⁰ Zum Kriterium der Unmittelbarkeit eingehend PATRIK DUCREY, *Die Kartellrechte der Schweiz und der EWG im grenzüberschreitenden Verkehr*, Diss. Freiburg 1991, 67 ff. Dieser Autor verlangt eine Qualifikation des Auswirkungsprinzips nach Art. 137 Abs. 1 IPRG durch das Element der Unmittelbarkeit, ohne dass dies aber eine etwaige präjudizielle Wirkung für die anschliessende Anwendung der berufenen *lex causae* haben sollte. BSK IPRG-DASSER/BREI (FN 4), Art. 137 N 15 f. Je mit Bezugnahme auf die Materialien (dazu unten V.B.3.): ZK IPRG II-VISCHER/GÖKSU, Art. 137 N 10, in: Markus Müller-Chen/Corinne Widmer Lüchinger (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, Band II, Art. 108a–200, 3. A., Zürich 2018 (zit. ZK IPRG II-Verfasser); CHK IPRG-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM, Art. 137 N 10, in: Andreas Furrer/Daniel Girsberger/Markus Müller-Chen (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Internationales Privatrecht*, Art. 1–200 IPRG, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK IPRG-Verfasser); VISCHER, Art. 137 N 11, in: Anton Heini/Max Keller/Kurt Siehr/Frank Vischer/Paul Volken (Hrsg.), *IPRG Kommentar, Kommentar zum Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) vom 1. Januar 1989*, Zürich 1993 (zit. Verfasser, in: Heini *et al.*, *Kommentar IPRG*); vgl. auch DENIS ESSEIVA, *L'application du droit européen des cartels par le juge civil sur la base de l'article 137 LDIP*, AJP 1996, 694 ff., 697 ff., der zwar für eine Anknüpfung an den Anwendungsbereich und die materiellen Normen der betroffenen Kartellrechtsordnungen eintritt, aber zugleich eine Beschränkung auf «unmittelbare» Auswirkungen wegen des klaren Gesetzeswortlauts postuliert; SIMON HIRSBRUNNER, *Mit kartellrechtlichen Mitteln faire Preise erzwingen?*, SJZ 2017, 329 ff., 334.

⁴¹ VISCHER, Art. 137 N 11, in: Heini *et al.*, *Kommentar IPRG* (FN 40); vgl. auch BSK IPRG-DASSER/BREI (FN 4), Art. 137 N 16 («Unmittelbarkeit» verlangt einen direkten Kausalzusammenhang zwi-

verstehen sei, ist in der Doktrin nicht ganz klar. Zum Teil wird dieses Element auch im Sinne einer «Spürbarkeitsschwelle» gedeutet.⁴² Bei ihrer Argumentation beziehen sich die Befürworter dieses Kriteriums insbesondere auf den Wortlaut und die Entstehungsgeschichte von Art. 137 Abs. 1 IPRG.⁴³ Mit der Beschränkung auf «unmittelbare» Auswirkungen sollen unter anderem Exportkartelle nicht ausreichen, um genügende Auswirkungen auf dem Markt herbeizuführen, aus dem die Exporte stattfinden.⁴⁴

2. Wesentlichkeit

Bei der «Wesentlichkeit» (auch: «Spürbarkeit» oder «Erheblichkeit») handelt es sich um ein Kriterium quantitativer Natur, bei dem Auswirkungen einer «gewissen Intensität» verlangt werden.⁴⁵ Wie erwähnt, wird dieses zum Teil auch im Zusammenhang mit dem Element der Unmittelbarkeit behandelt. In der Lehre wird auch die Auffassung vertreten, eine gewisse Wesentlichkeitsschwelle sei dem Auswirkungsprinzip «immanent».⁴⁶

3. Vorhersehbarkeit

Das Kriterium der Vorhersehbarkeit wird in der Lehre mehrheitlich abgelehnt,⁴⁷ von HEINEMANN aber sowohl bei Art. 2 Abs. 2 KG als auch bei Art. 137 Abs. 1 IPRG

befürwortet.⁴⁸ Gemäss diesem Autor ist Verhaltenssteuerung nur bei Vorhersehbarkeit möglich.⁴⁹ Notwendig seien daher objektiv vorhersehbare Auswirkungen im Staat, dessen Kartellrechtsordnung berufen werden soll, wobei subjektive Elemente in die Gesamtbeurteilung einbezogen werden können.⁵⁰ Beabsichtigte Auswirkungen in einem gewissen Staat seien so *per se* vorhersehbar.⁵¹ Im Übrigen soll ein geeignetes Verhalten zur Hervorbringung von Auswirkungen im fraglichen Territorium ausreichen. Dabei sei die reale Möglichkeit der Effekte zu fordern, während die rein theoretische Möglichkeit von Auswirkungen nicht genüge.⁵² Im Falle von ausländischen Exportverboten sei die Abgrenzung zwischen vorhersehbaren und nicht vorhersehbaren Auswirkungen danach vorzunehmen, inwieweit das vom Kartell erfasste Land mit dem im Rahmen der Anknüpfung in Frage stehenden Staat wirtschaftlich verflochten sei. So sei z.B. bei der Beurteilung von EWR-Klauseln die Vorhersehbarkeit von Auswirkungen in der Schweiz klar zu bejahen, während dies bei generell formulierten Exportverboten in Länder, die keine intensiven Wirtschaftsbeziehungen zur Schweiz pflegen, im Lichte der vorgenannten Kriterien und der Einzelfallumstände zu beurteilen sei.⁵³

4. Weitere Kriterien

Nicht verlangt, wenn auch vereinzelt diskutiert, wird in der Literatur das Kriterium der Tatsächlichkeit der Auswirkungen.⁵⁴ Weitgehende Einigkeit herrscht alsdann auch darüber, dass Art. 137 Abs. 1 IPRG keine «gezielten» bzw. «geeigneten» Marktauswirkungen verlangt.⁵⁵

schen der behindernden Vorkehr und der Behinderung im Markt»); DUCREY (FN 40), 67.

⁴² So VISCHER, Art. 137 N 11, in: Heini *et al.*, Kommentar IPRG (FN 40); ERIC HOMBURGER, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985, Mit vergleichenden Hinweisen auf die Wettbewerbsrechte der BRD, EG und USA, Zürich 1990, Art. 1 N 53; zu dieser Frage bei den Materialien unten V.B.3.; a.M. DUCREY (FN 40), 70.

⁴³ Vgl. dazu oben FN 40 sowie unten V.B.1. und V.B.3.

⁴⁴ Vgl. BSK IPRG-DASSER/BREI (FN 4), Art. 137 N 16.

⁴⁵ Vgl. etwa CHK IPRG-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM (FN 40), Art. 137 N 9. FELIX J. DASSER, Neue Tendenzen im Internationalen Kartellprivatrecht der Schweiz, AJP 1996, 950 ff., 955, spricht dabei von einem «kollisionsrechtliche[n] Spürbarkeitsprinzip».

⁴⁶ So PETER MANKOWSKI, Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung, RIW 2008, 177 ff., 186.

⁴⁷ Siehe BSK IPRG-DASSER/BREI (FN 4), Art. 137 N 17, wonach allerdings Unmittelbarkeit ohnehin «faktisch» Vorhersehbarkeit bedeutet; CHK IPRG-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM (FN 40), Art. 137 N 10; JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, Schweizerisches Internationales Privatrecht, 2. A., Bern 2018, N 2709; ROLF BÄR, Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen und europäischen Wettbewerbsrecht, in: Roland von Büren/Thomas Cottier (Hrsg.), Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Globalisierung – Wettbewerbsrecht – öffentliches Beschaffungswesen, Tagung vom 17. Oktober 1996 an der Universität Bern, Bern 1997, 87 ff., 95; ESSEIVA (FN 40), AJP 1996, 700 f.

⁴⁸ HEINEMANN (FN 25), 1156 ff. und 1160 f.: «Auch hier [bei Art. 137 Abs. 1 IPRG] ist eine wörtliche Auslegung aber zweckwidrig, so dass der Begriff [der Unmittelbarkeit] durch das Kriterium der Vorhersehbarkeit konkretisiert werden sollte» (1155); siehe auch ANDREAS HEINEMANN, Das Gaba-Urteil des Bundesgerichts: Ein Meilenstein des Kartellrechts, ZSR 2018 I, 103 ff., 107.

⁴⁹ HEINEMANN (FN 25), 1156 f.; HEINEMANN (FN 48), 107.

⁵⁰ HEINEMANN (FN 25), 1157 und 1161; HEINEMANN (FN 48), 107.

⁵¹ HEINEMANN (FN 25), 1161.

⁵² Zum Ganzen HEINEMANN (FN 25), 1157 f.; HEINEMANN (FN 48), 107.

⁵³ Zum Ganzen HEINEMANN (FN 48), 107; HEINEMANN (FN 25), 1161.

⁵⁴ Siehe CHK IPRG-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM (FN 40), Art. 137 N 10 mit Hinweis auf weitere Autoren.

⁵⁵ ROLF BÄR, Das Internationale Privatrecht (Kollisionsrecht) des Immaterialgüterrechts und des Wettbewerbsrechts, in: Roland von Büren (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Band I/1: Grundlagen, 2. A., Basel 2002, 123 ff., 162; BÄR (FN 47), 95 f.; DUCREY (FN 40), 70; ESSEIVA (FN 40), AJP 1996, 701; wohl a.M. CHK IPRG-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM (FN 40), Art. 137 N 9.

V. Persönliche Stellungnahme

A. Problemstellung

Die Darstellung der verschiedenen Lehrmeinungen zum Auswirkungsprinzip nach Art. 137 Abs. 1 IPRG hat gezeigt, wie die einzelnen Standpunkte häufig an vermeintlich unwiderlegbare Argumente knüpfen, die sich – will man sie alle berücksichtigen – nicht vereinbaren lassen. Die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts zur extraterritorialen Anwendung des Kartellgesetzes, der klare Wortlaut von Art. 137 Abs. 1 IPRG sowie die Entstehungsgeschichte von Art. 137 Abs. 1 IPRG und Art. 2 Abs. 2 KG können nicht in Einklang gebracht werden.

Bei den nachfolgenden Ausführungen geht es darum, die Kollisionsnorm von Art. 137 Abs. 1 IPRG zu interpretieren, um die Frage zu beantworten, wie das Auswirkungsprinzip im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen ist.⁵⁶ Ausführliche Bemerkungen zu den Entscheiden *Gaba* und *BMW* im Lichte von Art. 2 Abs. 2 KG würden den Rahmen dieses Beitrags sprengen.⁵⁷ Nachfolgend wird deshalb auf diese nur insoweit eingegangen, als die hier interessierende Fragestellung es erfordert. Im Übrigen ist jedenfalls davon auszugehen, dass das Bundesgericht das einfache Auswirkungsprinzip bei Art. 2 Abs. 2 KG nun selbst anerkennt und dieses insofern geltender Praxis entspricht. Mag man diese auch kritisieren, ist sie immerhin ein bedeutsames zusätzliches Argument, wenn es um die Parallelität zwischen Art. 137 Abs. 1 IPRG und Art. 2 Abs. 2 KG geht. Indessen wird sich zeigen, dass die «Richtigkeit» der beiden Urteile für die Frage der Auslegung von Art. 137 Abs. 1 IPRG nicht entscheidend ist.

B. Auslegung von Art. 137 Abs. 1 IPRG

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts bildet der Wortlaut den Ausgangspunkt jeder Auslegung. Von einem klaren, das heisst eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur «ausnahmsweise» abgewichen werden, unter anderem dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich namentlich aus dem Zusammenhang der Bestimmung mit anderen Vor-

schriften, aus der Entstehungsgeschichte der Norm oder aus ihrem Sinn und Zweck ergeben.⁵⁸

1. Grammatikalische Auslegung

Das grammatikalische Element befasst sich mit dem Wort und seiner Bedeutung sowie der Gliederung und dem Bau der Sätze (Syntax).⁵⁹

Der Wortlaut von Art. 137 Abs. 1 IPRG ist insoweit «klar», als diese Kollisionsnorm Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung dem Recht des Staates unterstellt, auf dessen Markt der Geschädigte von der Behinderung *unmittelbar* betroffen ist. Dabei lässt sich «unmittelbar» sprachlich als «*durch keinen oder kaum einen räumlichen oder zeitlichen Abstand*» verstehen.⁶⁰ Weder das einfache Auswirkungsprinzip, mit dem auf jegliche Qualifikation verzichtet wird, noch eine Qualifikation im Sinne der Wesentlichkeit oder Vorhersehbarkeit der Auswirkungen lässt sich also mit einer rein grammatikalischen Auslegung von Art. 137 Abs. 1 IPRG vereinbaren. Wie gesehen, kann von einem klaren Wortlaut unter Umständen aber abgewichen werden, so dass eine abschliessende Antwort auf die Frage, wie Art. 137 Abs. 1 IPRG zu deuten ist, nur durch eine Analyse der weiteren Auslegungselemente gegeben werden kann.

2. Systematische Auslegung

Das systematische Element berücksichtigt den inneren Zusammenhang und die Widerspruchsfreiheit im Gesetz selbst und mit der übrigen Rechtsordnung.⁶¹ Relevant sind dabei namentlich die Teilgehalte der Einheit der Rechtsordnung sowie der äusseren und der inneren Systematik des Gesetzes.⁶²

⁵⁶ Die Auslegung erfolgt nach schweizerischem Recht. Die vorliegende nicht relevante Frage der Qualifikation des Verweisungsbegriffs von Art. 137 Abs. 1 IPRG («Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderung») behandelt etwa DUCREY (FN 40), 56 ff.

⁵⁷ Für eine kritische Betrachtung dieser Entscheide im Lichte von Art. 2 Abs. 2 KG siehe statt vieler HEINEMANN (FN 48), 105 ff.

⁵⁸ Zum Ganzen (Auswahl): BGE 144 V 224 E. 4.1; BGE 144 II 121 E. 3.4; BGE 140 III 616 E. 3.3; BGE 138 III 359 E. 6.2; vgl. dazu auch HANS PETER WALTER, *Der Methodenpluralismus des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung*, recht 1999, 157 ff.

⁵⁹ Statt vieler CHK ZGB-MIDDENDORF/GROB, Art. 1 N 8, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz*, Art. 1–456 ZGB – PartG, 3. A., Zürich 2016 (zit. CHK ZGB-Verfasser).

⁶⁰ So die Definition im Duden (Internet: <https://www.duden.de/recht-schreibung/unmittelbar> [Abruf 24.9.2020]). Auch die französische («*directement*») und die italienische Fassung («*direttamente*»), die der deutschen Fassung gleichwertig sind (vgl. Art. 14 Abs. 1 Pub-IG), führen zu keinem anderen Ergebnis.

⁶¹ Statt vieler CHK ZGB-MIDDENDORF/GROB (FN 59), Art. 1 N 8.

⁶² Zu dieser Frage eingehend BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 245 ff., in: Pio Caroni *et al.* (Hrsg.), *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Schweizerisches Zivilge-

Bei der Einheit der Rechtsordnung spricht das systematische Element für eine einheitliche Auslegung von Art. 137 Abs. 1 IPRG und Art. 2 Abs. 2 KG, die denn auch von den Materialien befürwortet wird.⁶³ Gleiches gilt, wenn man auf die innere Systematik des Gesetzes abstellt.⁶⁴ Bei diesen zwei Teilgehalten der systematischen Auslegung ist – sofern vergleichbar – auch die lauterkeitsrechtliche Kollisionsnorm von Art. 136 Abs. 1 IPRG massgebend, wonach Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb dem Recht des Staates unterstehen, auf dessen Markt die unlautere Handlung ihre Wirkung entfaltet. Diese Bestimmung verzichtet auf eine Beschränkung der Anknüpfung auf «unmittelbare» Auswirkungen, die zwar in der Lehre zum Teil postuliert wird,⁶⁵ aber auch aus den Materialien nicht hervorgeht.⁶⁶ Eine kohärente Auslegung von Art. 136 und Art. 137 IPRG verlangt indessen selbst die Literatur nur insoweit, als keine sachlichen Gründe eine unterschiedliche Betrachtung der zwei Kollisionsnormen rechtfertigen.⁶⁷

In systematischer Hinsicht gilt es schliesslich auch zu beachten, dass die Auslegung der Rechtsnorm von Art. 137 Abs. 1 IPRG im Lichte der Wertentscheidungen des einschlägigen Völkerrechts erfolgt.⁶⁸ Was das Auswirkungsprinzip betrifft, ist dessen Völkerrechtskonformität als solche nicht umstritten.⁶⁹ Aber auch die Frage, ob das Völkerrecht Auswirkungen einer bestimmten Intensität verlangt, damit ein Staat die Normativkompetenz (*jurisdiction to prescribe*) in Anspruch nehmen kann, ist m.E. im Einklang mit einem grossen Teil der Lehre zu verneinen.⁷⁰ Umso mehr soll aber der Verzicht auf jedes Kriterium zur Qualifikation des Auswirkungsprinzips klar

völkerrechtskonform sein, wenn es nicht wie bei Art. 2 Abs. 2 KG (auch) um die Durchsetzung nationalen Kartellrechts gegenüber Auslandssachverhalten geht, sondern es sich darum handelt, das auf internationale kartellprivatrechtliche Klagen anwendbare Recht zu bestimmen.⁷¹ Der unterschiedliche dogmatische Ausgangspunkt bei Art. 137 Abs. 1 IPRG einerseits und bei Art. 2 Abs. 2 KG andererseits wird in diesem Zusammenhang m.E. zu oft übersehen.

3. Historische Auslegung

Das historische Element nimmt auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die von ihm getroffenen Wertentscheidungen Rücksicht, die namentlich in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommen.⁷²

Die Materialien zu Art. 137 IPRG bzw. diejenigen zur parallelen kartellrechtlichen Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 KG enthalten einige Bemerkungen zum Auswirkungsprinzip, wie es in diesen Vorschriften statuiert wird. So ist in der Botschaft zum IPRG Folgendes zu lesen:⁷³

«Besondere Bedeutung ist dem Wort «unmittelbar» zuzumessen. Die Wettbewerbsbehinderung muss ihr wirtschaftliches Schwergewicht auf dem betreffenden Markt haben; die Schädigung darf nicht bloss als eine Nebenfolge eines auf andere Märkte ausgerichteten (und dort vielleicht legalen) Verhaltens erscheinen. Dadurch soll die Rücksichtnahme auf das Recht eines Staates, der nur zufällig betroffen ist, ausgeschlossen werden.»

Bei Art. 2 Abs. 2 KG äussert sich die Botschaft zum Kartellgesetz zum örtlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes wie folgt:⁷⁴

setzbuch, Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zit. BK-Verfasser).

⁶³ Vgl. dazu unten V.B.3.

⁶⁴ Eine einheitliche Auslegung lässt sich allerdings nur insofern begründen, als nicht sachliche Gründe bestehen, die eine unterschiedliche Interpretation verlangen; vgl. dazu sogleich V.B.2.

⁶⁵ Statt vieler HANS R. SCHIBLI, Multistate-Werbung im internationalen Lauterkeitsrecht, Mit besonderer Berücksichtigung der Internet-Werbung, Diss. Zürich 2004, N 669 ff.

⁶⁶ Vgl. Botschaft vom 10. November 1982 zum Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), BBl 1983 I 263 ff. (zit. Botschaft IPRG), 428 f.

⁶⁷ Vgl. BSK IPRG-DASSER (FN 4), Art. 136 N 11.

⁶⁸ Statt vieler BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER (FN 62), Art. 1 ZGB N 282 ff.

⁶⁹ Stellvertretend BSK KG-LEHNE (FN 6), Art. 2 N 43 m.w.H.

⁷⁰ So etwa ANTON K. SCHNYDER, Zur Emanzipation von Wirtschaftskollisionsrecht, in: Alexander R. Markus/Stephanie Hrubesch-Milauer/Rodrigo Rodriguez (Hrsg.), Zivilprozess und Vollstreckung national und international – Schnittstellen und Vergleiche, Festschrift für Jolanta Kren Kostkiewicz, Bern 2018, 269 ff., 278; BSK KG-LEHNE (FN 6), Art. 2 N 44; HEINEMANN (FN 25), 1159.

⁷¹ G.L.M. ESSEIVA (FN 40), AJP 1996, 697: «L'interprétation d'une norme de conflit bilatérale telle que l'art. 137 LDIP sera [...] exempte des préjugés qui peuvent influencer la délimitation du champ d'application de l'ordre juridique interne. Cela signifie en outre que, pour la détermination du principe de l'effet, on ne retiendra pas nécessairement les mêmes critères de limitation usuels (effet direct, réel, prévisible et substantiel) qui sont généralement admis par les législations nationales antitrust.» Vgl. auch BSK IPRG-DASSER/BREI (FN 4), Art. 137 N 12.

⁷² Statt vieler CHK ZGB-MIDDENDORF/GROB (FN 59), Art. 1 N 8.

⁷³ Botschaft IPRG (FN 66), 429. Im Entwurf zum IPRG war von einer «direkten» Betroffenheit im massgebenden Markt die Rede (Art. 135 Abs. 1 E-IPRG). Der Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf enthält aber weitgehend dieselben Aussagen wie die Botschaft; vgl. dazu FRANK VISCHER, Bundesgesetz über das internationale Privatrecht (IPR-Gesetz), Schlussbericht der Expertenkommission zum Gesetzesentwurf, Zürich 1979, 246 f. und 343.

⁷⁴ Zum Ganzen Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468 ff. (zit. Botschaft KG), 535 f.

«Die erforderliche Binnenbeziehung ergibt sich im Wettbewerbsrecht durch eine erhebliche Auswirkung der Wettbewerbsbeschränkung auf den inländischen Markt.»

«Für die Geltendmachung von privatrechtlichen Ansprüchen ergibt sich die auf das Auswirkungsprinzip gestützte Abgrenzung des örtlichen Geltungsbereichs [sic!]⁷⁵ bereits aus dem Bundesgesetz über das internationale Privatrecht. [...] Die kollisionsrechtlichen Ansätze des internationalen Privatrechts decken sich folglich für privatrechtliche wettbewerbsrechtliche Ansprüche mit der im Gesetzesentwurf auch für die Anwendung der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen formulierten Kollisionsregel. Eine konfliktträchtige Normkonkurrenz wird durch die ausdrückliche Statuierung des Auswirkungsprinzips in Artikel 2 Absatz 2 E für den Fall privatrechtlicher Ansprüche nicht geschaffen.»

Schliesslich verweist die Botschaft zum Kartellgesetz auf VISCHER und stellt in einer Fussnote fest, dass «das Erfordernis der unmittelbaren Betroffenheit zum Ausdruck [bringt], dass eine gewisse Intensität zwischen dem verursachenden Verhalten und der Wirkung im Inland verlangt werden muss».⁷⁶

Im Hinblick auf die primär relevanten Materialien zu Art. 137 Abs. 1 IPRG scheint der Gesetzgeber die Beschränkung auf «unmittelbare» Auswirkungen bewusst aufgestellt zu haben. Bei der Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 KG verweist er auf die erwähnte Kollisionsnorm, deutet aber die Unmittelbarkeit eher im Sinne einer Wesentlichkeitsschwelle. Ferner wird in der Botschaft zum Kartellgesetz die Parallelität zwischen Art. 2 Abs. 2 KG und Art. 137 Abs. 1 IPRG unterstrichen. Nicht eine zwingend gleich lautende Auslegung der zwei Vorschriften, sondern die Statuierung desselben Prinzips und die Vermeidung einer «konfliktträchtigen Normkonkurrenz» werden jedoch m.E. damit festgelegt. Eine solche könnte namentlich in zwei Konstellationen vorkommen. Einerseits bestimmt sich der örtliche Anwendungsbereich des Kartellgesetzes bei reinen Binnensachverhalten⁷⁷ ausschliesslich nach Art. 2 Abs. 2 KG, was bei einer uneinheitlichen Interpretation von Art. 2 Abs. 2 KG und Art. 137 Abs. 1 IPRG eine Ungleichbehandlung von Binnen- und internationalen Sachverhalten zur Folge haben

könnte. Andererseits soll im Falle von internationalen Sachverhalten vermieden werden, dass diese einer Beurteilung nach dem Kartellgesetz nur deshalb entzogen werden, weil sie den bei Art. 137 Abs. 1 IPRG verlangten Kriterien nicht genügen, obwohl sie denjenigen von Art. 2 Abs. 2 KG entsprechen würden. Beide Problematiken lassen sich aber nicht nur vermeiden, wenn man Art. 137 Abs. 1 IPRG und Art. 2 Abs. 2 KG übereinstimmend deutet,⁷⁸ sondern auch, wenn man bei ersterer Vorschrift tiefere Anforderungen verlangt. Was zu vermeiden gilt, ist also nur, bei Art. 137 Abs. 1 IPRG strengere Anforderungen an die Marktauswirkungen als bei Art. 2 Abs. 2 KG zu verlangen. Aus dem Gesagten folgt mit anderen Worten, dass eine im dargelegten Rahmen unterschiedliche Auslegung des Auswirkungsprinzips nach Art. 137 Abs. 1 IPRG und Art. 2 Abs. 2 KG – soweit teleologisch fundiert – in Frage kommen kann. Geht man von der neueren Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 KG aus, die jede Qualifikation ablehnt, gebietet sich sogar eine solche, um die dargestellte Kollisionsgefahr zu vermeiden.

Vor diesem Hintergrund lässt sich zumindest zweifeln, ob das Argument, mit der Beschränkung auf «unmittelbare» Auswirkungen sollen Exportkartelle aus Art. 137 Abs. 1 IPRG ausgenommen werden,⁷⁹ stichhaltig sei. Denn diese Art von Wettbewerbsbeschränkungen wird gerade – und m.E. zu Recht – von einem beträchtlichen Teil der Literatur (auch) unter das Kartellgesetz subsumiert,⁸⁰ so dass eine anders lautende Auslegung von Art. 137 Abs. 1 IPRG letztlich einen Widerspruch zwischen KG und IPRG zur Folge hätte. Gleiches gilt für die anderen qualifizierenden Elemente, die als Teil der materiellen Normen des berufenen Rechts gegebenenfalls zu prüfen sind.⁸¹

4. Teleologische Auslegung

Das teleologische Element ist auf die *ratio legis*, den Sinn und Zweck einer Norm, ausgerichtet.⁸²

Kollisionsnormen haben den Zweck, das Recht zur Anwendung zu bringen, mit dem der Sachverhalt

⁷⁵ Bei Art. 2 Abs. 2 KG handelt es sich richtigerweise um den örtlichen «Anwendungsbereich» des Kartellgesetzes, der Gesetzgeber verwendet hierfür aber den (unzutreffenden) Begriff des «Geltungsbereichs»; vgl. dazu statt vieler BSK KG-LEHNE (FN 6), Art. 2 N 2.

⁷⁶ Botschaft KG (FN 74), 536 bei Fn 100.

⁷⁷ Zur Bestimmung der Internationalität eines Sachverhalts siehe statt vieler BSK IPRG-SCHNYDER/GROLIMUND (FN 4), Art. 1 N 4.

⁷⁸ Nur in diesem Fall trifft es aber zu, dass nach der Anwendung von Art. 137 Abs. 1 IPRG die Prüfung von Art. 2 Abs. 2 KG unterbleiben kann.

⁷⁹ Vgl. dazu oben IV.B.1.

⁸⁰ Stellvertretend ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. A., Bern 2005, N 269 m.w.H. Dass Exportkartelle vom Anwendungsbereich des Kartellgesetzes ausgenommen sein sollten, ist höchstens eine Reminiszenz aus dem alten Kartellgesetz von 1985, der unter dem geltenden Kartellgesetz von 1995 nicht mehr gefolgt werden kann.

⁸¹ Vgl. dazu auch unten V.B.4.

⁸² Statt vieler CHK ZGB-MIDDENDORF/GROB (FN 59), Art. 1 N 8.

am engsten zusammenhängt (sog. kollisionsrechtliche Gerechtigkeit).⁸³ Dieser Grundsatz gibt zwar für sich allein keine Antwort auf die Frage, wie Art. 137 Abs. 1 IPRG gedeutet werden soll. Denn es kann kaum argumentiert werden, einfache bzw. qualifizierte Auswirkungen seien von vornherein ungeeignet, einen genügenden Zusammenhang zwischen dem massgebenden Sachverhalt und dem berufenen Recht zu gewährleisten. Nichtsdestotrotz stellt dieses allgemeine Prinzip den Leitgedanken dar, dem man bei der teleologischen Auslegung jeder Kollisionsnorm zu folgen hat. Darauf bezugnehmend wird denn auch von einem Teil des Schrifttums eine Beschränkung des Auswirkungsprinzips vertreten.⁸⁴ Im dargelegten Sinne wird also der allgemeine Zweck von Verweisungsnormen auch bei der Auslegung von Art. 137 Abs. 1 IPRG zu berücksichtigen sein.

Mit dem einfachen Auswirkungsprinzip sind kollisionsrechtlich relevante Auswirkungen dort – und nur dort – zu bejahen, wo durch die Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes der Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung ausgelöst wird.⁸⁵ Das Kollisionsrecht beschränkt sich mit anderen Worten darauf, die Anknüpfung an Marktauswirkungen zu verankern, überlässt aber dem Recht der einzelnen Staaten, zu entscheiden, ob ein bestimmter Sachverhalt solche Auswirkungen auf dem eigenen Territorium hat, welche die Anwendung des eigenen Kartellrechts bewirken. Mit dem qualifizierten Auswirkungsprinzip wird dagegen bereits auf der Ebene des Kollisionsrechts eine gewisse Art von Auswirkungen verlangt, damit es zur Anwendung eines bestimmten Kartellrechts kommen kann.

Auch von den Befürwortern des einfachen Auswirkungsprinzips anerkannt ist, dass der Umfang der *lex causae* bei Art. 137 Abs. 1 IPRG nicht nur die materiellen kartellrechtlichen Normen des berufenen Rechts umfasst, sondern auch dessen Anwendungsbereich.⁸⁶ Dass eine

Selbstbeschränkung des eigenen Anwendungsbereichs durch das berufene Kartellrecht von Art. 137 Abs. 1 IPRG akzeptiert werden soll, ist deshalb anerkannt.⁸⁷ Da jedes einzelne Kartellrecht namentlich seinen örtlichen Anwendungsbereich explizit oder implizit selbst festlegt, ist dieser jeweils zu prüfen, bevor seine materiellen Bestimmungen angewendet werden können. Dieser Prüfungsschritt ist für die Interpretation von Art. 137 Abs. 1 IPRG von zentraler Bedeutung. So lässt sich der Ansatz von SCHNYDER auf IPR-Ebene wie folgt weiterentwickeln: *Marktauswirkungen sind (nur) dort zu bejahen, wo durch die Verwirklichung des Anwendungsbereichs und der materiellen Normen einer Kartellrechtsordnung deren Anwendungsanspruch ausgelöst wird*.⁸⁸ Zutreffend hält dieser Autor denn auch fest, dass Auswirkungen von geringerer Bedeutung ohnehin zumeist schon vom betreffenden Sachrecht ausgeschlossen werden,⁸⁹ und dies häufig bereits auf der Ebene des massgebenden örtlichen Anwendungsbereichs. Wiederum soll somit der verschiedene dogmatische Ausgangspunkt von Art. 137 Abs. 1 IPRG und Art. 2 Abs. 2 KG nicht vergessen werden, der hinsichtlich des hier behandelten Aspekts dazu führt, dass sich ein Verzicht auf qualifizierende Elemente zugunsten einer Anknüpfung an das hypothetisch anwendbare Sachrecht vielmehr auf kollisionsrechtlicher Ebene als beim örtlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes begründen lässt. Will man zudem dem Bundesgericht folgen, das bei Art. 2 Abs. 2 KG jede Qualifikation verneint, soll dasselbe im Lichte der hiervoor gemachten dogmatischen Erwägungen *a maiore ad minus* auch für Art. 137 Abs. 1 IPRG gelten.

In der Lehre wird vorgebracht, die Anknüpfung an die Verwirklichung eines Sachnormtatbestandes sei nur bei einseitigen, nicht aber bei allseitigen Kollisionsnormen möglich, da man sich sonst in einem Zirkelschluss

⁸³ Statt vieler SCHNYDER/LIATOWITSCH (FN 37), N 116 ff. Zu den Besonderheiten des Wirtschaftskollisionsrechts SCHNYDER (FN 36), 3 ff.

⁸⁴ Vgl. dazu oben IV.B.

⁸⁵ Vgl. dazu oben III.A. sowie IV.A.

⁸⁶ Obwohl Art. 137 Abs. 1 IPRG keine Gesamtverweisung darstellt (Art. 14 Abs. 1 IPRG *e contrario*), beruft diese Verweisungsnorm im Rahmen der *lex causae* auch die jeweilige einstige Kollisionsnorm, mit der das berufene Kartellrecht seinen eigenen räumlichen Anwendungsbereich bestimmt. Dieses wird also nur im Rahmen seines geographischen Anwendungsbereichs angewendet. Vgl. dazu ESSEIVA (FN 40), AJP 1996, 699 f.; BÄR (FN 55), 172 f.; ANDREAS HEINEMANN, Die Anwendbarkeit ausländischen Kartellrechts, Probleme der Qualifikation und der Anknüpfung im Internationalen Kartellprivatrecht, in: Roland Bieber (Hrsg.), *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Genf 2002, 115 ff., 132 bei

Fn 92; a.M. DUCREY (FN 40), 71 ff., wonach mit dem qualifizierten Auswirkungsprinzip, das Art. 137 Abs. 1 IPRG zugrunde liegt, die Festlegung des örtlich anwendbaren Kartellrechts bereits endgültig auf kollisionsrechtlicher Ebene erfolgt, sofern auch das berufene Kartellrecht seinen eigenen örtlichen Anwendungsbereich nach dem Auswirkungsprinzip abgrenzt.

⁸⁷ ESSEIVA (FN 40), AJP 1996, 699 mit Verweis auf MICHAEL MARTINEK, Das internationale Kartellprivatrecht, Ein Beitrag zur kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung im internationalen Wirtschaftsrecht, Habil. Heidelberg 1987, 92: «Die Ausgestaltung des Auswirkungsprinzips zu einer allseitigen Kollisionsnorm [...] bedeutet sozusagen nur eine Anwendungsofferte an das ausländische Recht.» ZK IPRG II-BUHR/GABRIEL/SCHRAMM (FN 40), Art. 137 N 12. Vgl. auch oben FN 86.

⁸⁸ Denn das berufene Sachrecht – der «Sachnormtatbestand» nach der Formel von SCHNYDER – setzt sich aus dem Anwendungsbereich und den materiellen Vorschriften der einzelnen Kartellrechte zusammen. Vgl. dazu auch oben FN 86.

⁸⁹ SCHNYDER/LIATOWITSCH (FN 37), N 810.

bewegen würde.⁹⁰ Dieser Einwand vermag aber kaum zu überzeugen. In einem konkreten Fall wird man einen Sachverhalt zu beurteilen haben, der sich in mehr oder wenigen Staaten ausgewirkt haben kann. Bei klarer Betroffenheit eines einzigen Staates wird sich die gerügte Problematik gar nicht stellen. Aber auch bei unklarem Auswirkungsort oder bei Streudelikten werden Staaten, deren Betroffenheit von vornherein nicht in Frage kommt, aus der Beurteilung ausgenommen.⁹¹ Steht dann einmal fest, welche Rechtsordnungen möglicherweise berufen werden könnten,⁹² wäre bei einer Reduktion auf qualifizierte Auswirkungen jeweils zu prüfen, ob diese in den einzelnen Staaten gegeben sind oder nicht, was aber kaum weniger aufwendig wäre als die Vorgehensweise, die eine sachnormorientierte Anknüpfung an die einzelnen Kartellrechte verlangt. Ganz im Gegenteil, wenn man die Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung der qualifizierenden Kriterien und die daraus folgende Gefahr von Kollisionen mit den materiellen Normen nicht vergisst.⁹³ Schliesslich stellt das Vorgehen beim einfachen Auswirkungsprinzip keinen «Zirkelschluss» dar und es ist auch nicht einmal aussergewöhnlich, weist es doch – *mutatis mutandis* – mehrere Ähnlichkeiten mit der verfahrensrechtlichen Figur der doppelrelevanten Tatsachen auf.⁹⁴ So kann sowohl auf die Unmittelbarkeit als auch auf die Wesentlichkeit der Auswirkungen ohne weiteres verzichtet werden.⁹⁵

Was das Kriterium der Vorhersehbarkeit betrifft, ist sodann eine differenzierende Betrachtungsweise am Platz. Im Entscheid *Gaba* hat das Bundesgericht unter anderem statuiert, dass Wettbewerbsabreden nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG das Erheblichkeitskriterium nach den Vermutungstatbeständen von Art. 5 Abs. 1 KG «grundsätzlich»

erfüllen.⁹⁶ In Verbindung mit dem einfachen Auswirkungsprinzip von Art. 2 Abs. 2 KG könnte dies dazu führen, dass das Kartellgesetz auch solche Verhaltensweisen erfassen und verbieten würde, die einen kleinen, wenn nicht sogar fehlenden Bezug zur Schweiz haben.⁹⁷ Vor diesem Hintergrund wäre eine Reduktion auf vorhersehbare Auswirkungen beim örtlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes durchaus sinnvoll, wobei aber die dargelegte Problematik auch durch eine Korrektur auf materiellrechtlicher Ebene vermieden werden könnte.⁹⁸ Dagegen scheint m.E. dieses Kriterium bei Art. 137 Abs. 1 IPRG nicht notwendig zu sein. So greift das Argument der Verhaltenssteuerung kaum. Zwar trifft es zu, dass das internationale Privatrecht mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussehen lassen soll, welches Recht die Gerichte eines Staates anwenden werden.⁹⁹ Dies bedingt aber keineswegs, die Vorhersehbarkeit in Art. 137 Abs. 1 IPRG als zusätzliches Kriterium aufzunehmen.¹⁰⁰ Ferner können Unternehmen die Rechtsfolgen bestimmter Marktverhalten nur in einer Gesamtbetrachtung abschätzen, die als Erstes die Prüfung der internationalen Zuständigkeit umfasst.¹⁰¹ Und auch dann, wenn feststeht, welches Recht die Gerichte welchen Staates anwenden werden, ist eine

⁹⁰ CHRISTIAN VON BAR, Internationales Wettbewerbsbeschränkungsrecht zwischen Sach- und Kollisionsrecht, in: Tuğrul Ansay/Andreas Heldrich/Murad Ferid (Hrsg.), Festschrift für Murad Ferid zum 80. Geburtstag am 11. April 1988, Frankfurt a.M. 1988, 13 ff., 17: «Denn wie soll, so fragt man erstaunt, das erst noch zu Findende (die massgebliche Sachnorm bzw. ihr «Schutzbereich») Auskunft darüber geben können, welchen Inhalt die Kollisionsnorm hat, die Voraussetzung für das Auffinden der Sachnorm ist?»

⁹¹ (Nur) insoweit kann mithin auch der Auffassung gefolgt werden, wonach dem Auswirkungsprinzip eine gewisse Spürbarkeitsschwelle «immanent» ist (vgl. dazu oben IV.B.2.).

⁹² DASSER (FN 45), AJP 1996, 955, weist zutreffend darauf hin, dass der Kläger selbst durch Beschränkung der Klage auf die wichtigsten Staaten das Verfahren nach Bedarf vereinfachen kann.

⁹³ Vgl. dazu auch oben V.B.3.

⁹⁴ So zu Recht SCHNYDER (FN 70), 277 und Fn 32.

⁹⁵ Vgl. auch BSK IPRG-DASSER/BREI (FN 4), Art. 137 N 17; SCHNYDER/LIATOWITSCH (FN 37), N 810; BAR (FN 55), 163.

⁹⁶ BGE 143 II 297 E. 5.1 ff., insb. E. 5.6; bestätigt in BGer, 2C_63/2016, 24.10.2017, E. 4.3.1 (*BMW*); BGE 144 II 246 E. 10 (*Altium*).

⁹⁷ Zu dieser Problematik statt vieler GION GIGER, Bundesverwaltungsgericht bestätigt die Verfügung der WEKO in Sachen «Nikon», dRSK vom 28.11.2016, N 13 m.w.H.

⁹⁸ So schlagen NICOLAS F. DIEBOLD/CYRILL SCHÄKE, Wirkungsanalyse von Kernbeschränkungen im Kartellrecht – eine Auslegung, recht 2018, 228 ff., 242, eine Ausnahme vom Grundsatz der Erheblichkeit im Bereich von vertikalen Gebietsschutzabreden vor, die nur Händler ausserhalb der EU-/EWR-Märkte binden. Mit dieser Lösung würde man direkt erhebliche Passivverkaufsverbote gegenüber Händlern in der EU und quantitativ zu prüfende Passivverkaufsverbote gegenüber Händlern in Drittstaaten unterscheiden. HEINEMANN (FN 48), 108, fragt sich, ob aufgrund der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts nach der Prüfung von Art. 5 KG (bzw. Art. 7 KG) jeweils immer noch der räumliche Bezug zu prüfen sei, da im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG auf die Qualifikation des Auswirkungsprinzips verzichtet worden ist. Jedenfalls abzulehnen ist dagegen die Meinung, die nach den Urteilen *Gaba* und *BMW* von einer *Per-se*-Erheblichkeit der Abreden i.S.v. Art. 5 Abs. 3 und 4 KG ausgeht (so zu Recht HEINEMANN [FN 48], 111, Fn 39).

⁹⁹ Vgl. statt vieler SCHNYDER/LIATOWITSCH (FN 37), N 18.

¹⁰⁰ Die Voraussehbarkeit, welches Recht zur Anwendung kommt, ist nicht mit dem Kriterium der Vorhersehbarkeit der Auswirkungen zu verwechseln bzw. sie kann auch anders erreicht werden als mit einer Beschränkung auf vorhersehbare Auswirkungen.

¹⁰¹ Nach dem Grundsatz der kollisionsrechtlichen *lex fori* wendet jedes Gericht sein «eigenes» Kollisionsrecht an, so dass die Frage nach dem anwendbaren IPR im Einzelfall erst beantwortet werden kann, wenn das zuständige Gericht feststeht (statt vieler SCHNYDER/LIATOWITSCH [FN 37], N 289).

Beurteilung nach dem berufenen Sachrecht unabdingbar. Dass schliesslich das Verhalten der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer vor allem auf der Ebene der einzelnen Kartellrechte gesteuert wird, gilt umso mehr, wenn im Kartellverwaltungs- und Kartellprivatrecht dieselben Bestimmungen gelten, wie dies auf das schweizerische Recht zutrifft.¹⁰² Ausgehend vom Anwendungsbereich und von den materiellen Normen der einzelnen Kartellrechte werden Unternehmen beurteilen können, ob ihre Tätigkeiten irgendwie kartellrechtsproblematisch sein könnten. Bei positiver Antwort auf diese Frage werden sie ihr Verhalten entsprechend anpassen, da sie sonst in Kauf nehmen müssten, nicht nur kartellverwaltungsrechtlich, sondern auch kartellprivatrechtlich rechtswidrig zu handeln. Sollte hingegen ihr Verhalten nicht kartellrechtswidrig sein, werden sie daraus ohne weiteres schliessen können, vor privatrechtlichen Klagen ebenfalls geschützt zu sein.

Zur kollisionsrechtlichen Gerechtigkeit wird auch damit beigetragen, wenn eine Verweisungsnorm den internationalen Entscheidungseinklang fördert,¹⁰³ was mit einer Anknüpfung gemäss dem einfachen Auswirkungsprinzip gerade besser erreicht werden kann.¹⁰⁴ Schliesslich geht die herrschende Meinung davon aus, dass bei Betroffenheit mehrerer Märkte in verschiedenen Staaten das anwendbare Recht und die materielle Rechtslage für jeden Markt separat zu bestimmen sind («Mosaikbetrachtung»)¹⁰⁵ Es wäre mithin zweckwidrig, qualifizierte Auswirkungen auf IPR-Ebene zu verlangen, denn dies hätte zur Folge, dass der in nur «unqualifiziert» beeinträchtigten Staaten entstandene Schaden überhaupt nicht liquidiert werden könnte, weil kein Recht zur Anwendung berufen wäre.¹⁰⁶

Es lässt sich also zusammenfassend festhalten, dass das teleologische Auslegungselement gegen eine Qualifikation des Auswirkungsprinzips nach Art. 137 Abs. 1 IPRG und vielmehr für eine sachnormorientierte Anknüpfung spricht. Eine solche lässt sich bei Art. 137 Abs. 1 IPRG teleologisch besser begründen als beim räumlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes.

5. Rechtsvergleichende Auslegung

Die Rechtsvergleichung kann als Hilfsmittel der Auslegung berücksichtigt werden.¹⁰⁷ Weil die Schweiz mit dem Erlass von Art. 137 IPRG Pionierin war, liess sich der Gesetzgeber bei dieser Norm nicht von ausländischen Rechtsordnungen inspirieren. Trotzdem sei hier am Rande bemerkt, dass Art. 6 Abs. 3 lit. a Rom II-VO internationale kartellprivatrechtliche Klagen dem Recht des Staates unterstellt, dessen Markt beeinträchtigt ist oder wahrscheinlich beeinträchtigt wird. Dabei verlangt die herrschende Lehre – *nota bene* anders als beim örtlichen Anwendungsbereich von Art. 101 und Art. 102 AEUV¹⁰⁸ – keine qualifizierten Auswirkungen auf dem fraglichen Markt.¹⁰⁹ Das EU-Recht gibt Zeugnis dafür, dass sich eine Anknüpfung an den Anwendungswillen der kartellrechtlichen Sachnormen dogmatisch besser auf IPR-Ebene als beim räumlichen Anwendungsbereich des materiellen Kartellrechts rechtfertigen lässt. Diese Erkenntnis ging schon aus der teleologischen Auslegung hervor.

C. Fazit

Berücksichtigt man sämtliche Auslegungselemente in einer Gesamtbetrachtung entsprechend dem vom Bundesgericht gefolgten Methodenpluralismus, kommt man zu folgendem Ergebnis: Der Wortlaut von Art. 137 Abs. 1 IPRG spricht für eine Beschränkung der Anknüpfung auf qualifizierte und namentlich «unmittelbare» Auswirkungen. Das systematische Element will insbesondere eine kohärente Auslegung von IPRG und KG, was aus der Entstehungsgeschichte von Art. 137 Abs. 1 IPRG und Art. 2 Abs. 2 KG ebenfalls hervorgeht. Den Materialien lässt sich allerdings gleichermassen ableiten, dass der Gleichlauf zwischen den zwei Normen im Sinne einer Verhinderung einer «konfliktträchtigen Normkonkurrenz» gedeutet werden soll. Ferner wollte der Gesetzgeber mit seiner Formulierung von Art. 137 Abs. 1 IPRG nichts anderes als eine kollisionsrechtlich gerechte Anknüpfung internationaler kartellprivatrechtlicher Klagen erreichen. Entscheidend ist so letztlich das teleologische Element, das eine Qualifizierung des Auswirkungsprinzips bei Art. 137 Abs. 1 IPRG nicht bejahen lässt, sondern eine weitere Auslegung der «Unmittelbarkeit» verlangt. Dabei kommt

¹⁰² Statt vieler BSK KG-JACOBS/GIGER (FN 6), Vor Art. 12–17 N 13 f.

¹⁰³ Statt vieler KREN KOSTKIEWICZ (FN 47), N 118.

¹⁰⁴ BeckOGK-POELZIG/WINDORFER (FN 38), Art. 6 Rom II-VO N 221.

¹⁰⁵ Stellvertretend BSK IPRG-DASSER/BREI (FN 4), Art. 137 N 14 m.w.H.

¹⁰⁶ Siehe zum EU-Recht BeckOGK-POELZIG/WINDORFER (FN 38), Art. 6 Rom II-VO N 221. Dies würde gerade dem Zweck von Art. 137 Abs. 1 IPRG widersprechen (vgl. dazu Botschaft IPRG [FN 66], 429).

¹⁰⁷ Zu dieser Frage eingehend BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER (FN 62), Art. 1 ZGB N 314 ff.

¹⁰⁸ Zur Entwicklung des örtlichen Anwendungsbereichs des EU-Kartellrechts bis zum qualifizierten Auswirkungsprinzip statt vieler HEINEMANN (FN 25), 1142 ff.

¹⁰⁹ Stellvertretend BeckOGK-POELZIG/WINDORFER (FN 38), Art. 6 Rom II-VO N 202 ff., insb. N 221 m.w.H.

man somit zum Ergebnis, dass Art. 137 Abs. 1 IPRG ein nicht qualifiziertes, einfaches Auswirkungsprinzip statuiert. Entsprechend dem Ansatz von SCHNYDER lässt sich mithin sagen, dass der Geschädigte überall dort i.S.v. Art. 137 Abs. 1 IPRG «betroffen» – und zwar «unmittelbar betroffen» – ist, wo die Verwirklichung des Anwendungsbereichs und der materiellen Normen einer Kartellrechtsordnung deren Anwendungsanspruch auslöst.

VI. Schlussbetrachtungen

Mit diesem Beitrag hat man versucht, eine Auslegeordnung der allseitigen Kollisionsnorm von Art. 137 Abs. 1 IPRG im Lichte der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 KG zu geben. Dabei ist man zum Schluss gelangt, dass Art. 137 Abs. 1 IPRG – sowie nach Ansicht des Bundesgerichts Art. 2 Abs. 2 KG – ein einfaches Auswirkungsprinzip zugrunde liegt, wonach – ganz im Sinne von ANTON K. SCHNYDER – kollisionsrechtlich massgebende Marktauswirkungen (nur) dort gegeben sind, wo die Erfüllung eines Sachnormtatbestandes den Anwendungsanspruch einer Rechtsordnung auslöst. Dieses Ergebnis lässt sich selbst erreichen, wenn man – anders als das Bundesgericht in den Entscheiden *Gaba* und *BMW* – nur bei qualifizierten – namentlich vorhersehbaren – Auswirkungen den räumlichen Anwendungsbereich des Kartellgesetzes nach Art. 2 Abs. 2 KG als eröffnet sieht.

Sollte in Extremfällen die Anknüpfung bzw. die Anwendung des berufenen Rechts ausnahmsweise zu einem besonders stossenden Ergebnis führen,¹¹⁰ wäre eine Korrektur durch die Ausweichklausel von Art. 15 IPRG bzw. den *Ordre-public*-Vorbehalt von Art. 17 IPRG immer noch möglich.

Für die Zukunft bleibt es abzuwarten, ob Art. 137 IPRG praktisch grössere Bedeutung erlangen wird und sich die Gerichte endlich mit der Frage befassen werden, wie das Auswirkungsprinzip gemäss dieser Bestimmung zu deuten ist.

¹¹⁰ Da nach der hier vertretenen Auffassung die Anknüpfung bei Art. 137 Abs. 1 IPRG sachnormorientiert erfolgt, fallen die Vorgänge der Anknüpfung und der Anwendung des massgebenden Sachrechts praktisch zusammen. Ein korrekturbedürftiges Ergebnis könnte sich etwa dann ergeben, wenn der örtliche Anwendungsbereich einer Kartellrechtsordnung an den Anwendungswillen ihrer eigenen materiellen Bestimmungen anknüpft, ohne auf dieser Ebene dafür zu sorgen, dass ein genügender räumlicher Bezug zwischen dem Sachverhalt und dem betreffenden Staat besteht (vgl. dazu auch oben V.B.4.).